

AVM – FACULDADE INTEGRADA

Direito Penal e Processual Penal

Luciano Alves dos Reis

**A LEGALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

Brasília

2014

AVM – FACULDADE INTEGRADA

Direito Penal e Processual Penal

Luciano Alves dos Reis

A LEGALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Artigo apresentado à AVM Faculdade Integrada  
como exigência parcial à obtenção do título de  
Especialista em Direito Penal e Direito Processual  
Penal

Orientador: Fabiana Oliveira Beda Macêdo

Brasília

2014

**Luciano Alves dos Reis**

## **A LEGALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

Artigo final, apresentado a AVM – FACULDADE INTEGRADA, como parte das exigências para a obtenção do título de pós-graduação em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Brasília, 29 de julho de 2014.

Banca Examinadora

---

Prof.<sup>a</sup> Fabiana Oliveira Beda Macêdo

---

Prof. Avaliador

---

Prof. Avaliador

## Dedicatória

A meu amor, Amanda Leite Vieira, que me traz  
paz e serenidade.

# Agradecimentos

A Deus pela força nas horas de pouca inspiração. A meu amigo, orientador, Luis Carlos Trigueiro Almeida que muito me auxiliou. A toda minha família. A minha amiga, companheira, amor da vida inteira Amanda Leite Vieira. Ao Superior Tribunal de Justiça pelo apoio dado aos seus servidores para evoluírem na carreira.

## RESUMO:

O presente artigo pretende discutir a legalidade da redução da maioridade penal em face da Constituição federal, por não se tratar de cláusula pétrea e sim de política criminal. Sendo, portanto, constitucional a redução da maioridade penal.

Palavras-chaves: Maioridade penal. Cláusula Pétrea. Imputabilidade.

## ABSTRACT

This article intends to discuss the legality of the reduction of legal age in the face of the federal Constitution, by not dealing with clause petrified and yes criminal policy. Being, therefore, constitutional there duction of legal age.

Keywords: Criminal Age of Majority. Clause be petrified. Imputability.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. MENORIDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	3
3. IMPUTABILIDADE PENAL .....	4
4. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DO ECA.....	6
5. ARGUMENTOS PELA REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL .....	8
6. A MAIORIDADE PENAL NO TEMPO .....	10
7. A IDADE EM OUTROS PAÍSES .....	12
8. CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA IMPUTABILIDADE .....	14
9. CLAUSULAS PÉTREAS .....	15
CONCLUSÃO.....	18
REFERÊNCIAS .....	22



## 1. INTRODUÇÃO

A punição a menores infratores é controversa e varia de cultura para cultura, de acordo com diversos artigos analisados.

A sociedade, construída mediante regras sociais e morais, tende a manter sua organização por meio de controles implícitos e explícitos. Esses como forma de alerta aos que descumprem as regras e aqueles como controles morais que impedem a ação compulsiva dos indivíduos. A sociedade tem no Direito Penal, então, um instrumento para efetivar os controles explícitos quando da prática de ilícitos atinentes a essa esfera.

Assim, quando alguém quebra as regras, necessário se faz a aplicação de medidas coercitivas. Esse é o caso dos menores infratores. É claro que eles, por questões de maturidade, não podem sofrer as mesmas punições que um adulto, e a Constituição Federal, por meio dos Estados, da sociedade e da família protege-os de possíveis abusos.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, afirma que dentre outros direitos, é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: o direito à vida, à liberdade, à convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de violência, crueldade e opressão.

Nessa esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, veio estabelecer e regular os direitos da criança e dos adolescentes. Garantindo, entre outros direitos, tratamento diferenciado em relação aos adultos no que tange a aplicação de medidas coercitivas quanto aos atos apurados.

Essa diferenciação vai desde o nome dado aos atos praticados, atos infracionais em vez de crime, às penas a serem cumpridas. Isso não é uma afronta à sociedade, pois, claro é que uma criança não tem discernimento de todos os seus atos.

Contudo, não é razoável tratar com a mesma medida um adolescente de 14 ou 15 anos que comete um ato infracional, um assassinato, por exemplo, e um adolescente de 17 anos 11 meses e 29 dias de vida, que comete o mesmo crime, considerando a situação fática.

Agrava-se mais ainda essa situação quando o dito adolescente já é um reincidente. Sendo considerado reincidente, para os efeitos legais, o agente que comete novo crime, depois

de transitado em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior, conforme o art. 63 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Percebe-se então que a redução da maioridade penal é um tema importante a ser debatido, visto que são de grande repercussão os ilícitos praticados por menores infratores.

Assim, esse trabalho tem como escopo discutir porque a redução da maioridade encontra amparo legal.

Por fim, no que tange à metodologia o estudo terá uma abordagem qualitativa, em sua maior parte com o auxílio de livros, revistas jurídicas, periódicos, publicações, imprensa escrita e falada e artigos. O método de abordagem será indutivo (do particular para o geral) e por vez dialética (contraposição de idéias).

## **2. MENORIDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

A constituição federal<sup>1</sup>em seu artigo 228 diz que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeito a normas da legislação especial.

Ao determinar que os menores de 18 anos são inimputáveis, a Constituição Federal adotou o critério biológico. Assim há uma presunção absoluta de que os menores são incapazes.

Dessa forma a Carta Magna brasileira entendeu que o menor de 18 anos não é capaz de entender a ilicitude de suas ações, mesmo que esteja emancipado, por não ter desenvolvimento intelectual completo.

Barros (2011 p. 329)<sup>2</sup> critica o ordenamento jurídico atual, pois nenhum critério científico é capaz de demarcar o exato momento em que se dá o pleno desenvolvimento da personalidade moral de um indivíduo, principalmente nos dias de hoje, em que as crianças, nos seus primeiros anos de vida, já começam o seu processo educacional e tem um grande acesso a informação.

---

<sup>1</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2014.

<sup>2</sup>BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito Penal. 2 ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

### 3. IMPUTABILIDADE PENAL

São fundamentos da imputabilidade: consciência da ilicitude é a capacidade do indivíduo entender suas ações em um meio social, prever suas consequências.

A imputabilidade é a possibilidade de atribuir a alguém um fato típico e ilícito. Conforme ensina Rogério Grecco<sup>3</sup> (pg.444), para que o agente possa ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido é necessário que ele seja imputável.

Segundo Sanzo Brodt (1996), citado por Grecco (2005, p. 444).

“A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade, genérica, de compreender as proibições ou determinações jurídicas. Bettiol diz que o agente deve poder” prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social” dever ter, pois, a percepção do significado ético-social do próprio agir. O segundo, a capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme Bettiol é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal”.<sup>4</sup>

Já Del Rosal e Vives Antón (apud Nascimento, 2007, p.4)<sup>5</sup> concebem a imputabilidade como conjunto de requisitos psicobiológicos exigidos pela legislação penal vigente, que expressam que a pessoa tinha a capacidade de valorar e compreender a ilicitude do fato realizado e de atuar nos termos determinados pelo ordenamento jurídico.

De acordo Enrico Ferri, 1931, citado por Nascimento (2007, p.6)<sup>6</sup>, o delito é o resultado de uma série de causas individuais, orgânico-psíquica – fatores físicos e sociais. Categorizando os delinquentes em natos, ocasionais, loucos, habituais e passionais.

A conduta é reprovável quando o agente age conforme a norma penal. Contudo para isso é necessário que aquele tenha a capacidade intelectual, psíquica de entender o que a lei determina. Isso é o que se entende por imputabilidade.

---

<sup>3</sup>Grecco, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol.1. Rio de Janeiro: Impetus. 2012

<sup>4</sup>Ibid., p. 444

<sup>5</sup>Nascimento, José Flávio Braga. Imputabilidade do menor. Sob a ótica criminológica. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

<sup>6</sup>Ibid., p.6

Entende Bittencourt<sup>7</sup>, (2012, p.300) "A imputabilidade é o juízo que fazemos de um fato futuro, previsto como meramente possível; a imputação é um juízo de um fato ocorrido. A primeira é a contemplação de uma ideia; a segunda é o exame de um fato concreto. Lá estamos diante de um conceito puro; aqui estamos na presença de uma realidade".

Para Fragoso (2006, p.242)<sup>8</sup>, "imputabilidade é a capacidade de culpa... é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento."

Segundo Damásio de Jesus (1999, p.467)<sup>9</sup>, "imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível ... imputável é o sujeito mentalmente são e desenvolvido que possui a capacidade de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica".

Assim, se o agente não compreende o caráter ilícito do fato em razão de doença mental, retardo mental ou por outro fato, como por exemplo, a embriaguez, não responde pelos atos praticados por ser considerado inimputável. No caso de embriaguez pré-ordenada, em que o sujeito, de forma não acidental, embriaga-se com o fim de praticar uma conduta sabidamente típica, a ingestão de bebidas se dá para praticar o delito, o sujeito é considerado imputável.

---

<sup>7</sup>BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>8</sup>Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006.

<sup>9</sup>JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: Parte Geral. 22. ed. São Paulo. Saraiva. 1999.

#### **4. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DO ECA.**

No Estatuto da Criança e do adolescente - ECA<sup>10</sup> não está prevista penas, mas medidas socioeducativas como: advertências, obrigações de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, regime de semiliberdade e prisão. Essas medidas são aplicadas conforme a gravidade do ato praticado.

As medidas socioeducativas têm por objetivo punir e ressocializar o infrator. Em que pese essas nobres funções, o ECA não tem conseguido garanti-las.

Isso ocorre por causa de várias falhas no próprio Estatuto. Exemplos: a autoridade, em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, poderá determinar se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, ou promova o ressarcimento do dano. Se for uma criança que praticar ato análogo não terá que restituir, pois o ECA só fala em adolescente. Isso acaba por reforçar a sensação de impunidade, na família vítima e na própria criança infratora.

Outro fato é que o próprio Estatuto retira do Judiciário a aplicação das medidas sócio-educativas quando o ato infracional é praticado por crianças, ao colocar um grupo de leigos, os conselheiros tutelares, para apreciar o ato praticado. Uma afronta a Constituição Federal que determina: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Por mais que se diga que os conselheiros são preparados, tem que se lembrar de que não são especialistas na área e sim eleitos entre os cidadãos do município. Assim qualquer pessoa pode ser conselheiro, mesmo que não tenha nenhuma especialização.

No caso da internação a lei determina o prazo máximo de três anos. Como não é pena, e sim um tratamento, o jovem é avaliado a cada seis meses, e se for avaliado positivamente poderá ser colocado em liberdade, contudo se for avaliado negativamente, ou seja, não está totalmente tratado, a avaliação do profissional não pode determinar que o adolescente fique mais que três anos internado. Assim mesmo um adolescente, ainda não recuperado, é colocado nas ruas. Independentemente dos atos que tenha praticado. Isso por causa das limitações legais.

---

<sup>10</sup>BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2014.

Outro fator é que não há no Estatuto uma definição ou delimitação do que é grave ameaça deixando esta definição ao arbítrio do juiz. Esses pequenos detalhes diminuem a eficácia do Estatuto e dão sensação de impunidade.

## 5. ARGUMENTOS PELA REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL

São diversos os argumentos a favor da redução da menoridade penal. Uns são pelos atos infracionais de natureza grave cometidos por alguns adolescentes, outros pelo fato de ninguém aceitar que um rapaz de 16 ou 17 anos não compreenda a gravidade de um ato praticado.

Segundo a corrente favorável à diminuição da menoridade penal, o ECA é falho ao não punir com o devido rigor quem comete atos infracionais graves; os jovens de hoje não podem ser comparados com os de antigamente, uma vez que hoje se tem muito acesso a informação e esse permite que o jovem tenha discernimento do que é certo ou errado; o jovem mesmo que cometa um crime grave quando alcança a maioridade tem ficha completamente limpa mesmo que tenha cometido crimes de extrema gravidade; a sensação de impunidade gerada pelas fracas punições do ECA.

Dentre os doutrinadores favoráveis está Alyrio Cavallieri<sup>11</sup>. Segundo ele:

O tratamento dispensado ao infrator ignora o trabalho de construção da dogmática em torno da imputabilidade como elemento indispensável à existência de uma reprovação a que se liga a pena. [...] A manutenção da idade de 18 anos para o afastamento do menor, criança e adolescente, do Código Penal é uma bandeira de todos, menoristas e estatutistas. [...] ter responsabilidade penal é ser obrigado a arcar com as consequências do crime, sofrendo uma pena. Imputabilidade é capacidade de culpa. Os menores têm capacidade de culpa, mas não respondem. [...] nossos professores botaram na nossa cabeça a ideia da imaturidade dos menores. [...] e nos contaminamos toda a nação com esta insólita concepção, que os menores de 18 anos são imaturos. (Cavallieri, 1997, p.54-56)

Por outro lado os contrários à redução da menoridade penal entendem que a redução não resolverá os problemas da criminalidade, pois a criminalidade está relacionada às condições econômicas e sociais, uma questão de falta de oportunidade. Isso é o que entende o professor Mirabete:

A redução da maioridade penal não é a solução para os problemas derivados da criminalidade infantil, visto que o cerne do problema da criminalidade se reluz em decorrência das condições socialmente degradantes e economicamente opressivas que expõe enorme contingente de crianças e adolescentes, em nosso país, à situação de injusta marginalidade social.<sup>12</sup>

<sup>11</sup>Cavallieri, Alyrio. Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente. 395 objeções. Editora Forense. 1997

<sup>12</sup>Queiroz, Carlos Eduardo et.al. Análise da Redução da Maioridade Penal à Luz do artigo 228 da Constituição Federal de 1988. RIDB, Ano 2 (2013), nº 13 pg. 15427.



Outro fator defendido é que diminuir a menoridade vai aumentar a população carcerária; que manter o jovem preso não vai ressocializá-lo; que a internação de jovens a partir de 16 anos produzirá mais marginais no futuro; reduzir a maioridade não irá reduzir a violência; fixar a idade penal em 18 anos é tendência mundial; e tantos outros.

## 6. A MAIORIDADE PENAL NO TEMPO

Luiz Eduardo Pascuim (2006, p. 31) <sup>13</sup>, cita a história da maioridade penal no tempo no Brasil. Na Constituição de 1824 não foi fixada idade penal, contudo fixaram-se diretrizes para o direito penal. No Código Criminal de 1930 a menoridade penal foi fixada em 14 anos. Naquela época, devido ao tamanho do Brasil, Tobias Barreto entendia que a menoridade deveria ser mais alta, uma vez que um menor de 14 anos não teria discernimento dos atos que a lei impunha.

Havia quatro espécies de menores: menores de 14 anos, inimputáveis, salvo se tivesse discernimento; menores de 14 anos que tivessem agido com discernimento, seriam recolhidos até os 17 anos em casa de correção; menores com mais de 14 e menos de 17, conforme o entendimento do juiz, os menores recebiam a pena de cumplicidade; já aos maiores de 17 anos e menores de 21 que aplicava-lhes a atenuante genérica da menoridade.

Na república criou-se o código republicano<sup>14</sup> que continuou a utilizar o critério de discernimento. “art. 27, inciso 1, dispunha:

Não são criminosos:

§ 1º Os menores de 9 annos completos;

§ 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

§ 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação;

§ 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime;

§ 5º Os que forem impellidos a commetter o crime por violenciaphysicairresistivel, ou ameaças acompanhadas de perigo actual;

§ 6º Os que commetterem o crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com attençãoordinaria;

§ 7º Os surdos-mudos de nascimento, que não tiverem recebido educação nem instrucção, salvo provando-se que obraram com discernimento.

<sup>13</sup>Pascuim, Luiz Eduardo. Menoridade Penal. Editora Juruá. Curitiva. 2006

<sup>14</sup>Disponível

em:<[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo\\_norma=DEC&data=18901011&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s)> acesso em 23 mai. 2014

Vicente Piragibe, na Consolidação das Leis Penais, em 1932 fixou a menoridade penal em 14 anos, sendo os menores de 14 anos inimputáveis. Aqueles e os menores de 18 ficavam sob o que estabelecia o Código de menores.<sup>15</sup>

No Código Penal de 1940. Nesse código a menoridade penal era aos 18 anos, além de prever atenuantes para os maiores de 18 e menores de 21 anos. Critério biológico.<sup>16</sup>

Nelson Hungria em 1963, nos anteprojeto do Código Penal manteve o limite da imputabilidade em 18 anos tal como o código de 1940. Todavia, poderia o menor de 18 e maior de 16 anos ser imputável, caso ficasse comprovado seu discernimento. Esse era o critério biológico.<sup>17</sup>

No Código Penal de 1969. A imputabilidade passa a ser aos maiores de 16 anos e menor de 18 anos de idade, que se revela capacidade psíquica para entender o ilícito do fato. Critério biopsicológico.<sup>18</sup> Os menores de 21 anos cumpriram a pena em prisão diferente dos adultos.

A Lei 7209/84 <sup>19</sup>, no seu artigo 27 manteve a menoridade penal em 18 anos, usando o critério biológico.

---

<sup>15</sup>Pascuim, op.cit., p.40

<sup>16</sup>Pascuim, op.cit., p.42

<sup>17</sup>Pascuim, op.cit., p.41

<sup>18</sup>Pascuim, op.cit., p.43

<sup>19</sup>Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103279/lei-7209-84>>. Acesso em 3 jul. 2014

## 7. A IDADE EM OUTROS PAÍSES

De acordo com o site do Ministério Público do Paraná<sup>20</sup>, a idade penal varia:

No Canadá a pena varia a partir dos 12 anos, como responsabilidade juvenil, e 14 anos, para responder como adulto, em que a legislação admite, nos casos de delitos de extrema gravidade, que o adolescente seja julgado pela justiça comum e venha a receber sanções previstas no Código Criminal, porém estabelece que nenhuma sanção aplicada a um adolescente poderá ser mais severa do que aquela aplicada a um adulto pela prática do mesmo crime.

Na Alemanha responde a partir de 14 anos até 18 anos como adolescentes. Podendo admitir que de 18 a 21, conforme o caso, haja ainda a responsabilização como adolescente de acordo com o discernimento do adolescente.

Na Argentina a partir dos 16 anos. Dependendo do crime o adolescente pode ser enviado diretamente a uma penitenciária.

Na Colômbia, a nova lei 1098 de 2006, regula um sistema de responsabilidade penal a partir dos 14 anos, no entanto a privação de liberdade somente é admitida aos maiores de 16 anos, nos casos de homicídio doloso, sequestro e extorsão.

Na China a lei admite a responsabilidade de adolescente a partir de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídio, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndios, envenenamento, etc. Nos crimes cometidos sem violência, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.

Nos Estados Unidos, na maioria dos Estados do país, adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive com a pena de morte ou prisão perpétua.

Na Rússia, a responsabilidade fixada aos 14 anos somente incide na prática de delitos graves, para os demais delitos, a idade é aos 16 anos.

---

<sup>20</sup>Ministério Público do Paraná. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>>. Acesso em 1 jun. 2014

Observa-se que os países citados além de ter uma idade menor que a brasileira diferencia o tipo de delito que será considerado para aplicar a pena com relação à idade.

## 8. CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA IMPUTABILIDADE

Quanto aos critérios de aferição da imputabilidade a doutrina utiliza de três sistemas:

- a) Critério biológico;
- b) Critério psicológico;
- c) Critério biopsicológico ou misto.

### O Critério Biológico

Considera inimputável a pessoa com problemas mentais, assim por esse critério se o autor possuir uma doença mental ele é considerado inimputável. Nesse critério não importa a causa que tenha determinado o problema mental, assim se uma pessoa é doente mental ou esta embriagado, salvo embriaguez pré-ordenada, o critério é válido. Dessa forma, estando presente qualquer problema mental o indivíduo é considerado inimputável. Para os menores esse critério leva em consideração a idade do indivíduo na data do ato praticado.

### O Critério Psicológico

Analisa as condições psíquicas do indivíduo no instante da prática do delito. Ocorre quando o agente não compreende o caráter ilícito do fato de acordo com o momento do delito. Esse critério não leva em conta se o autor do delito tem um problema mental. Julga somente se ele tinha capacidade de compreender o ato praticado.

### O Critério Biopsicológico

Une os dois anteriores. É o usado no Código penal Brasileiro. Esse critério analisa se o indivíduo tem problemas mentais e se ele tinha entendimento de que o ato praticado era ilícito. O indivíduo se torna inimputável em razão de uma doença mental ou se ele não possuía capacidade de compreensão do ato praticado. Para Damásio de Jesus (1999, p.469)<sup>21</sup>, “o indivíduo é inimputável se não possuía capacidade de compreender o caráter criminoso do fato ou determinar-se de acordo com esta compreensão”.

---

<sup>21</sup>JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: Parte Geral. 22. Ed. São Paulo. Saraiva. 1999.

## 9. CLAUSULAS PÉTREAS

As Constituições são a base principiológica de um país. Elas dão apoio à formação do Estado, e guia das políticas a ser desenvolvidas. Contudo as mudanças sociais fazem com que as Constituições necessitem se adequar aos anseios da sociedade. Para realizar as mudanças, há mecanismos previstos na própria Carta Magna. Esses mecanismos permitem que decisões adequadas no passado, possam ser modificadas, para se adequar ao contexto atual.

As modificações permitem que a Constituição seja renovada conforme a evolução da sociedade, entretanto o poder de reforma não é ilimitado.

Com o intuito de preservar a essência dos princípios democráticos, o poder constituinte originário indicou quais princípios não podem ser extintos.

Para isso foram criadas varias limitações, entre elas estão às limitações materiais, nas quais estão a cláusulas pétreas.

De acordo com Gilmar Mendes<sup>22</sup> (2012, pg.140), as cláusulas pétreas buscam preservar a identidade do projeto constituinte originário. Contudo, elas não têm por interesse a preservação única e exclusivamente da redação de uma norma constitucional, mas sim a preservação dos princípios e estruturas essências da Constituição. Assim Jorge de Miranda lembra que a cláusula pétrea não tem por escopo proteger dispositivos constitucionais, mas os princípios neles moderados.

Dessa maneira a mera alteração da redação de uma norma não seria inconstitucional, se não afetasse a essência do princípio protegido e o sentido da norma.

Na Constituição<sup>23</sup> vigente no seu art. 60 inciso 4º cita que:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

---

<sup>22</sup>Branco, Paulo Gustavo Gomes. Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. 7ª Ed. São Paulo. 2012

<sup>23</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2014.

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Além desses, a outros artigos espalhados na constituição que são reconhecidos como cláusulas pétreas como, por exemplo, os direitos sociais.

Para parte da doutrina o ingresso na maioria, um fenômeno jurídico natural, é cláusula pétrea para outros não. Entre os que entendem que não é cláusula pétrea esta o doutrinador Damásio de Jesus, que entende ser possível a redução da maioria penal, contudo, por causa do sistema penitenciário falho, pensa que se deve melhorar primeiro o sistema penitenciário para depois pensar na diminuição da maioria <sup>24</sup>. Outro que entende não ser cláusula pétrea é o Ministro do STF, Teori Zavascki<sup>25</sup>, que deu uma declaração na sabatina no Senado Federal na qual diz que se deve dar uma interpretação mais restritiva ao que é cláusula pétrea.

Pensamento contrário tem Alexandre de Moraes (2007 p.42)<sup>26</sup> que entende que o art.288 da Constituição é cláusula pétrea.

“Entendemos impossível essa hipótese, por tratar-se a inimizabilidade penal, prevista no art. 228 da constituição federal, de verdadeira garantia individual da criança e do adolescente em não serem submetidos à persecução penal em juízo, nem tampouco ser responsabilizado criminalmente, com consequente aplicação de sanção penal. Lembremo-nos, pois, que essa verdadeira cláusula de irresponsabilidade penal do menor de 18 anos enquanto garantia positiva de liberdade, igualmente transforma-se em garantia negativa em relação ao Estado, impedindo a persecução penal em juízo. Assim, o art. 228 da CF encerraria a hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º, cuja possibilidade já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 150 III, b (Adin nº 939-7/DF – Conferir comentários ao art. 5º 26) e consequentemente, autentica cláusula pétrea prevista no art. 60 parágrafo 4º (Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) IV – Os direitos e garantias individuais)”

Para os contrários a redução, haveria uma afronta ao direito à liberdade do indivíduo, e por isso seria inconstitucional.

A de se entender que a idade de 18 anos para a imputabilidade penal constitui uma dimensão da política criminal do Estado, então a diminuição para 16 anos não ofende o que a

<sup>24</sup>Disponível em:<<https://www.facebook.com/damasioedejesus?ref=stream&fref=nf>> acesso em 02 jun 2014

<sup>25</sup>Disponível em: <<http://senado.jusbrasil.com.br/noticias/100129338/maioridade-penal-nao-e-clausula-petrea-diz-teori-zavascki-aprovado-pela-ccj>> acesso em 08 jun 2014

<sup>26</sup> Moraes, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8ºed. –São Paulo: editora Atlas, 2007.



constituição protege no art. 228, que é a imputabilidade penal que é o núcleo daquele artigo. Ora, se a emenda tendesse a abolir esse princípio, ou seja, extinguir a imputabilidade, aí sim estaria sendo inconstitucional.

Assim, desde que não afete o núcleo da imputabilidade penal, que é a proteção daqueles que não tem consciência do que pratica um delito, o que não dá para estender a um adolescente de 16, 17, 18 anos, não há que se falar em inconstitucionalidade.

A liberdade de um indivíduo não pode ser mais importante que a da sociedade como um todo. Dessa forma, respeitando o direito individual há que se garantir o direito da maioria, por segurança é punição justa e adequada aos delitos praticados.

## CONCLUSÃO

A punição a menores infratores tem diversas diferenças, desde a considerada imaturidade dos adolescentes, aos tratamentos diferenciados em relação aos adultos, mesmo quando aqueles são reincidentes, além das penas pouco duras, em que pese à opinião contrária dos defensores da menoridade até os 18 anos.

A constituição federal colocou os menores de 18 anos como penalmente inimputáveis, dando proteção especial àqueles menores, principalmente com o argumento do pouco desenvolvimento intelectual, ainda em formação. Assim o artigo conclui que, quando se pensa na redução da menoridade, a imputabilidade não pode, ainda que fosse princípio fundamental, ser alçada a um princípio fundamental superior a todos os outros previstos na Constituição Federal, pois um direito fundamental não pode se sobrepor a outro, visto que não há superioridade de princípios sobre outro na Carta Magna. É preciso lembrar que os princípios ofendidos pelos menores infratores tem proteção constitucional assim como o direito à liberdade tanto considerada pelos contrários a baixa da idade penal. É a vida, a coletividade, a segurança menor que a imputabilidade? Claro que não! A fixação da maioridade a partir dos 18 anos é mais uma questão de política criminal do que de garantia a liberdade, sendo assim possível a sua modificação, por não tratar de uma cláusula pétrea.

A imputabilidade é a capacidade de entender os atos praticados, sendo definida tanto por critérios biológicos como biopsicológico, no Brasil usa-se o primeiro, contudo não há sistema científico que comprove que o discernimento aconteça com essa ou aquela idade. Por isso o critério biológico é ineficaz, por não considerar o desenvolvimento intelectual de cada indivíduo, levando em consideração o meio que vive.

O Estatuto da Criança e do adolescente, que veio regular as medidas socioeducativas, e protetivas as crianças e aos adolescentes, não conseguiu, em que pese os argumentos dos favoráveis ao Estatuto, aplicar as medidas com eficácia. Esse fato gerou, aliado a crueldade nos crimes cometidos por adolescentes, argumentos contrários à menoridade é ao Estatuto.

Favoráveis a manter a idade penal em 18 anos argumentam que a diminuição da menoridade penal não trará a diminuição da criminalidade, que o adolescente ficará, quando comparado com sua idade, muito tempo preso, que a liberdade e a dignidade não esta sendo respeitada, que punição não o fará se ressocializar, que mais cadeia não resolverá o problema,

que as cadeias já estão cheias e não houve redução da criminalidade, que o adolescente infrator ficará um grande período, em relação a sua vida, preso, e tantas outras falácias, esquecem de que muitas crianças viveram sem seus pais, parentes e amigos assassinados por esses mesmos menores. São esses mais importantes do que aqueles? Quantos aniversários, formaturas, casamentos, e tantos outros momentos felizes seremos privados por conta de meia dúzia?

Além daqueles argumentos alegam que o Estatuto não esta sendo aplicado de forma correta, que esses adolescentes não receberam carinho, são vítimas da sociedade, e tantos outros argumentos tão furados quanto muitas filosofias políticas, se esquecem de que há pessoas que , independente de ter recebido todo o carinho do mundo irão para o mundo da criminalidade, assim como adolescentes que viveram em situações muito difíceis, sem carinho ou atenção, e nunca irão para o mundo do crime.

O que se discute com a diminuição da menoridade penal e a diminuição de sensação de impunidade que se vê com esses menores. Ninguém crê que a diminuição da menoridade trará de imediato a diminuição da criminalidade entre os jovens. É claro que investimentos em educação, segurança, saúde, diversão e tantas outras necessidades tanto dos jovens quando da população em geral facilitará que a criminalidade diminua, mas não se pode, por que ainda não se tem isso, deixar de pensar na diminuição da idade penal.

A que se lembra de que, apesar de o ECA impor para crimes mais graves 3 anos de internação, raros são os casos em que o adolescente fica mais que 6 meses presos, visto que semestralmente têm que passar por uma avaliação, e se os especialistas entenderem que um assassino contumaz, mesmo fingindo estar recuperado, esta apto a voltar a sociedade assim será. Alem disso, o ECA, por não permitir que um adolescente fique mais de 3 anos detido, mesmo que um especialista diga que ele não esta apto a voltar a sociedade, imporá que o infrator seja solto, pois independentemente de estar tratado ou não, a opinião de um especialista só vale para soltar o infrator mais cedo, mas não para deixá-lo preso.

Não se esta discutindo um caso de um adolescente, que por alguma infelicidade do momento, que pode atingir qualquer pessoa, cometeu um delito grave, mas sim de criminosos que, provavelmente nunca saíram da vida de crimes, muitas vezes por não ter sim oportunidade, mas muitas por que não querem trabalhar para conseguir o que todos com as mesmas dificuldades aceitam.

Não há dúvidas de que sentenças mais duras não vão reduzir a criminalidade, como um passe de mágica, mas a indignação está no fato de tratar homens formandos, como se criança fossem.

Esse critério que considera um adolescente penalmente responsável a partir de 18 anos tem que ser revisto. Quem realmente acredita que um adolescente de 16,17 anos não sabe que matar ou roubar é errado?

A questão da idade se mostra tão inadequada que não há consenso sobre qual a idade certa para punir como adulto, mas não há dúvida de que com 16 anos o indivíduo sabe muito bem que é errado matar alguém. Logo outros dirão mais um de 15 também sabe e um de 14 também, é claro que até uma criança de 10 anos já é capaz de saber isso, mas não dá para comparar o nível de informação e discernimento de uma criança com um adolescente que tem toda sorte de informação, ainda, mas os infratores reincidentes.

Quanto às crianças, o próprio ECA, nesse ponto é inconstitucional em diferenciar crianças e adolescentes, pois na Constituição Federal não fala de criança e adolescente mas somente de menores de 18 anos.

Pode-se comparar a discussão da menoridade com o socialismo, todos que são a favor pregam que todos viverão melhor com mais igualdade, como o sistema nunca funcionou, dizem que é por que não foram aplicados na sua totalidade, mas onde foi colocado em prática somente aqueles que estavam no poder foram realmente beneficiados. A menoridade e o ECA e o mesmo, todos dizem maravilhas do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, o mais evoluído e elogiado do mundo, mas esse não funciona, de forma efetiva.

Não há dúvidas que o ECA é um instrumento muito bom, para proteger crianças e adolescentes de abusos de muitos adultos, mas uma desgraça para a sociedade quando usado para proteger delinquentes, e impedir que se aplique uma punição justa.

Outro fato é a incoerência de deixar a idade como limitadora de punição. Esta fica evidente quando um jovem presta a completar 18 anos é tratado como um completo imaturo e logo quando completa 18 anos passa a ter maturidade e consciência do ilícito. O passar de um

dia torna aquele indefeso adolescente, que a sociedade consumista exclui, para um adulto ciente de seus atos?

Claro que a discussão em torno da menoridade esta longe de acabar ou pelo menos chegar a um consenso, pois há muitas variáveis para discutir. Contudo a sociedade esta em constante evolução e essa questão entrará para um debate mais sério e decisivo, uma vez que chega um momento em que uma decisão deverá ser tomada.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito Penal. 2 ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gomes. Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. 7ª Ed. São Paulo. 2012

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2014.

CAVALLIERI, Alyrio. Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente. 395 objeções. Editora Forense. 1997

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006.

GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol.1. Rio de Janeiro: Impetus. 2012

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: Parte Geral. 22. ed. São Paulo. Saraiva. 1999.

JESUS, Damásio. “Sempre fui contra” 17 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www.facebook.com/damasioedejesus?ref=stream&fref=nf>> acesso em 02 jun 2014

Disponível em: <<http://senado.jusbrasil.com.br/noticias/100129338/maioridade-penal-nao-e-clausula-petrea-diz-teori-zavascki-aprovado-pela-ccj>> acesso em 08 jun 2014

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8ª ed. – São Paulo: editora Atlas, 2007.

Ministério Público do Paraná. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>>. Acesso em 1 jun. 2014

Nascimento, José Flávio Braga. Imputabilidade do menor. Sob a ótica criminológica. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira , 2007.

Pascuim, Luiz Eduardo. Menoridade Penal. Editora Juruá. Curitiva. 2006

Pessoa, Carlos Eduardo Queiroz; Ferraz, Adilson Silva; Pessoa, Yldry Souza Ramos. Análise da Redução da Maioridade Penal à Luz do artigo 228 da Constituição Federal de 1988. RIDB, Ano 2 (2013), nº 13 pg. 15427